

University of Groningen

Criteria voor toerekening

Reijntjes, J.M.

Published in:

Pet af : liber amicorum D.H. de Jong

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Reijntjes, J. M. (2007). Criteria voor toerekening. In B. F. Keulen, G. Knigge, & H. D. Wolswijk (editors), *Pet af : liber amicorum D.H. de Jong* (blz. 399-410).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Criteria voor toerekening

J.M. REIJNTJES^o

Met Dirk Herman de Jong heb ik kennis gemaakt in de Goningse collegebanken. Wij vormden in het eerste jaar¹ na de komst van Van Veen de meerderheid van de mannelijke studenten die (met een zevental dames) in het doctoraal 2 de strafrechtelijke richting volgden. Wat een tijd! Na deze bijzondere ervaring stortte ik mij in de praktijk, hij hield het bij de wetenschap, als een van de eerste 'jongens van Van Veen.' Het contact werd pas in 1985 hersteld, toen hij mij – juist teruggekeerd van een eerste verblijf in de West – uitnodigde om in Groningen de vacante leerstoel Inleiding in het recht te komen bezetten. Ik heb dat aanbod, hoe aantrekkelijk ook, afgeslagen.

Toch zijn de banden sindsdien geleidelijk aangehaald: een gedeelde belangstelling voor dagvaarding en tenlastelegging, auteursdagen van Gouda Quint, een gelijktijdig verblijf op Aruba – zij brachten ons uit het hoge noorden en het diepe zuiden van Nederland bijeen. Maar wetenschap gedijt het best in een pittig debat. Dat ontstond toen de redactie van *RMThemis* mij vroeg om de door De Jong en 'zijn jongens' ontwikkelde theorie van het normatieve opzet onder vuur te nemen.² Later heeft hij mij verweten dat ik daar niet op door ben gegaan. Dat zal nu gebeuren.

Normatief opzet

Geen veroordeling wegens misdrijf is toegelaten, zonder dat de aanwezigheid van een bepaalde psychische toestand bij de dader – opzet of schuld, in de zin van culpa – wettig en overtuigend is komen vast te staan. Terecht wordt het begrip 'opzet' meestal vertaald met 'willens en wetens'. Voor 'weten' is 'bewust zijn' voldoende. Lastiger is het willen. Wie voorziet dat zijn gedrag een bepaald gevolg mee zal brengen en toch handelt, heeft opzet, ook al 'wil' hij dat gevolg op zichzelf niet; voor het aannemen van opzet is in dat geval voldoende wat terminologisch niet heel fraai wordt aangeduid als 'noodzakelijkheidsbewustzijn'. Het klassieke voorbeeld van 'niet willen, toch doen' biedt de Hoornse taart: wie een gehuwd man vergiftigd gebak zendt met de bedoeling hem te doden, is zich er (zo mag worden aangenomen,

^o Hoogleraar straf(proce)recht Universiteit Nederlandse Antillen.

¹ Of het tweede? Het was de cursus 1969/1970.

² 'Opzet of toerekening?', *RMThemis* 2004, p. 79-82, tegenover D.H. de Jong, 'Het strafrechtelijk opzet anno 2003: vooral een psychologisch of vooral een normatief begrip?', *RMThemis* 2004, p. 76-78.

zie hierna) van bewust dat niet alleen de geadresseerde daarvan zal eten, maar ook (of: juist) diens vrouw.³ Zijn opzet is dan ook op de dood van de vrouw gericht, ook al is het hem daar helemaal niet om te doen. Wie daarentegen slechts de mogelijkheid van een bepaald gevolg onderkent en het desondanks niet vermijdt, wordt geacht dat gevolg 'op de koop toe te hebben genomen'. Dan is er *voorwaardelijk* opzet, maar – naar de (op geen enkele manier uit de tekst van de wet af te leiden) opvatting van de Hoge Raad – alleen indien er een *aanmerkelijke* kans bestond op het intreden van het gewraakte gevolg. Was die kans minder groot, dan komt de Raad – ofschoon de dader in precies dezelfde geestestoestand verkeerde – niet verder dan culpa, en indien geen culpoze delictsvorm voorhanden is *dus* tot straffeloosheid. Zo wordt het bereik van het voorwaardelijke opzet kunstmatig ingeperkt. Daar valt uit praktisch oogpunt veel voor te zeggen, maar dogmatisch kan het moeilijk worden uitgelegd. Het mag dan ook niet verbazen dat met het gekozen criterium in de praktijk nogal slordig wordt omgegaan.

Normatief opzet is aanwezig wanneer de verdachte het gevolg van zijn gedrag niet voorzag, maar wel had behoren te voorzien. Het standaardvoorbeeld biedt inmiddels de verdachte die weet dat hij HIV-besmet is en desondanks onbeschermd seksueel verkeer heeft met een ander. Dat dit normatief opzet, vanuit de theorie gezien, een fikse uitbreiding van de strafbaarheid meebrengt behoeft nauwelijks betoog. Bovendien wordt doorslaggevend wat de *rechter* behoorlijk vindt; zijn waardenpatroon gaat overheersen, ten koste van de normerende bevoegdheid van de wetgever. Wie zuinig wil zijn met straffen, zal niet snel voor normatief opzet kiezen; maar er is ook een principiële bezwaar.

Een kwestie van principes

Het strafrecht gaat uit van mensen die in belangrijke mate zelf hun handelen kunnen bepalen; het wil hen daar persoonlijk op aan kunnen spreken. Het appelleert aan de (als vrij vooronderstelde) wil om de gestelde normen te volgen; daarin vindt het zijn legitimatie. Overtreders worden eigenlijk niet eens wegens hun gedrag gestraft; het tot hen gerichte verwijt betreft uitsluitend de wijze, waarop zij hun gedrag hebben bestuurd. Strafbaarheid vooronderstelt de mogelijkheid van *ander* handelen; alleen dan valt er iets te vergelden. Het strafrecht moet terugtreden waar die mogelijkheid ontbreekt. Maar strafrecht vooronderstelt naast kunnen ook weten. Sturing vergt immers op zijn minst bewustzijn.⁴ Hier nu schiet het normatieve opzet te kort. Het vraagt niet naar weten, het stelt slechts belang in het moeten (c.q.

³ De hoogst onwaarschijnlijke mogelijkheid van een andere afloop wordt geëlimineerd. Wie deze mogelijkheid niet hoogst onwaarschijnlijk acht, komt uit op het (hierna te noemen) voorwaardelijke opzet. De grens tussen vol opzet en voorwaardelijk opzet valt daardoor niet scherp te trekken.

⁴ Vandaar de steeds weer oplaaiende discussie over de strafbaarheid van onbewuste schuld.

behoren). Het heeft aan het weten eigenlijk geen boodschap. Normatief opzet omvat daardoor niet alleen onverschilligheid, maar ook schuldige onwetendheid omtrent de regels van behoren.

In dit licht bezien is het ook moeilijk vol te houden dat normatief opzet een grijze zone dekt tussen opzet en schuld, tussen het wetend willen en het bewustzijn alleen. Wat zou dat ook voor een zone moeten zijn – die van het halve weten en/of het halve willen? Omdat normatief opzet – strikt genomen – helemaal geen bewustzijn vergt, is het met de traditionele tweedeling eenvoudig onverenigbaar, het beweegt zich op een heel ander vlak. Zuiver normatief opzet zoekt vergelding, niet wegens (besturings)fouten, maar louter wegens de onwenselijkheid (en alleen daarom verwerpelijkheid) van bepaald *gedrag*; het hoort thuis in een onpersoonlijk strafrecht, dat zelf niet goed weet te verklaren waarom het eigenlijk nog een mogelijkheid van anders-kunnen eist; het is – in deze ruime zin – het strafrecht van de onderbuik. Natuurlijk verdenk ik geen der pleitbezorgers van normatief opzet er van, zo ver te gaan – ik vraag alleen of zij, consequent doorredenerend, niet zo ver zouden moeten gaan.

Bewijs van opzet

Aangevoerd is dat normatieve elementen de praktijk toch wel binnendringen; dat komt door de weg waarlangs opzet wordt aangenomen. Opzet is op zichzelf niet zichtbaar; bij zwijgende of ontkennende verdachten moet het worden afgeleid uit waargenomen gedrag. De redenering is dan: wat de gemiddelde mens weet en wil, wanneer hij zich op een bepaalde manier gedraagt, wist en wilde (kennelijk) ook de verdachte, toen hij hetzelfde gedrag vertoonde. Tenzij deze geen gemiddelde burger is, behoort men daar aan toe te voegen, maar dat wordt nogal eens vergeten. Inderdaad zullen rechters soms aannemen dat een verdachte wat hij had behoren te weten ook werkelijk wist; inderdaad sluipt dan een normatief element binnen – niet in de doctrine, maar in de praktijk van de bewijsvoering. Vooral bij het voorwaardelijk opzet komt dit tot uiting, en dan nog het meest bij onvoltooide delicten. Nam de automobilist die het stopteken van een zich op de weg posterende politieman negeerde de aanmerkelijke kans dat hij de agent omver zou rijden (poging tot doodslag), of rekende hij er op dat deze tijdig opzij zou springen (zodat hem hooguit een bedreiging kan worden aangewreven)? Voor velen lijkt doorslaggevend dat de kans op een verkeerde afloop zo groot is, dat de verdachte die niet had *behoren* te nemen. Een soortgelijke vraag rijst wanneer het ongewenste gevolg werkelijk intreedt, maar de dader op heterdaad wordt betrapt: wat is er door het hoofd gegaan van de luchtreiziger, die voor een ander een pakketje meenam waarin drugs blijken te zitten? Vaak krijgen we daar alleen zicht op wanneer hij er over praat, of wanneer het uit zijn ge-

drag zelf (zenuwachtigheid, bravoure) valt af te leiden.⁵ Bij gebreke daarvan redt men zich met iets dat voorwaardelijk opzet wordt genoemd, maar normatief opzet is. Dat de praktijk hier afwijkt van de leer geeft inderdaad te denken, maar is op zichzelf geen argument om de leer te verwerpen. Of, om het wat plastischer uit te drukken: dat er soms water over de dijk spoelt, biedt geen argument om die door te steken. De dijk kan dan beter worden verhoogd; men moet gewoon voorzichtig(er) zijn met het aannemen van voorwaardelijk opzet.

Op het eerste gezicht behoeft het debat over het normatieve opzet niet te worden voortgezet. De Hoge Raad wil er niets van weten,⁶ en in de literatuur is zelfs bij vele Groningers geen enthousiasme waarneembaar om dit te veranderen. Normatief opzet is bovendien ten tonele gevoerd om iets op te lossen, waarvoor men het helemaal niet nodig heeft. Wie – anders dan de Hoge Raad – voorwaardelijk opzet al aanwezig acht indien de dader zich bewust was van de *enkele* mogelijkheid dat het ongewenste gevolg zou intreden, neemt de voorstanders van normatief opzet de wind uit de zeilen; en anders moet de wetgever maar ingrijpen, door luchtreizigers strafbaar te stellen wanneer zij voor anderen pakjes meenemen zonder dit op te geven en met HIV besmette personen wanneer zij seks bedrijven zonder hun bedgenoot in te lichten. Als die gedragingen werkelijk zo'n probleem vormen, is dat toch niet te veel moeite? Technisch is het in elk geval goed mogelijk.

Medeplegen en zo meer

Er is iets anders. Men kan volhouden dat opzet en schuld louter psychische componenten zijn en dat ook moeten blijven – maar dan ontstaan bij 'passief' mededader-schap moeilijkheden die niet zo gemakkelijk oplosbaar zijn. Vier mannen (A, B, C en D) wachten een vijfde (E) op. A doorsteekt E; B, C en D staan er bij en kijken toe. Toch zijn B, C en D medeplegers van wat A bedreef: zij distantieerden zich niet en droegen daardoor bij aan de overmacht ten opzichte van E.⁷ Dat is hun (magere) fysieke aandeel; maar voor medeplegen is het genoeg.⁸ Hun dubbel opzet (het moet gericht zijn op de gedraging *en* op de samenwerking) valt bovendien vrijwel alleen uit dit aandeel af te leiden. Dat opzet is dus al even mager. Maar het is er, onmiskenbaar. Als bij roeiers op een boot kan worden gezegd dat ieder van de vier kon bijsturen, maar dat niet deed, en daarom moet worden geacht zich met de koers te

⁵ Overigens wordt hier nogal eens over voorwaardelijk opzet gesproken wanneer het verhaal van de verdachte eenvoudig niet wordt geloofd; men pleegt dan in het midden te laten of vol opzet aanwezig was (het verhaal is niet juist), dan wel voorwaardelijk opzet (het verhaal klopte wel): 'er is opzet, tenminste in de vorm van voorwaardelijk opzet'.

⁶ Zo lees ik tenminste de HIV-arresten.

⁷ HR 14 oktober 2003, NJ 2004, 103; het zich niet distantieëren geldt als argument sinds HR 9 juni 1992, NJ 1992, 773 (Van Mechelen).

⁸ Zie ook al HR 25 maart 1975, NJ 1975, 270 (bankoverval: één man bij de deur, de ander doet het werk).

hebben verenigd. Wie die koers werkelijk heeft uitgezet (een van de vier, of misschien allen tezamen) is *juridisch* niet van belang. Hoe zit het echter wanneer A zich – als het ware in één moeite – vergrijpt aan F, iemand die het gebeuren min of meer toevallig gadesloeg? Er is dan een nagenoeg ondeelbaar feitencomplex; B, C en D (en overigens ook A) gedragen zich ten opzichte van F niet (zichtbaar) anders dan ten opzichte van E. Zo lang zij niet praten, hebben wij ten aanzien van geen van beide slachtoffers *rechtstreekse* kennis omtrent hun bedoelingen – die moeten uit hun gedrag worden afgeleid. De neiging is daarom groot om aan dit gedrag telkens dezelfde strafrechtelijke consequenties te verbinden. Maar kan daaruit ook dit keer een dubbel opzet worden afgeleid? Opnieuw blijkt in de praktijk vaak beroep te worden gedaan op de voorwaardelijke vorm ervan.

Velen zullen het gevoel hebben dat moet worden gekozen tussen twee kwaden. Wie het mededaderschap van B, C en D beperkt tot de doodslag op E, heeft moeite uit te leggen waarom dat bij F plotseling anders is en roept twijfel op of er ook in het eerste geval wel mededaderschap was. De verleiding is dan groot om aan te nemen dat B, C en D (maar ook A) op de koop toe hebben genomen dat er een getuige is die eveneens uit de weg zal worden geruimd. De Hoge Raad laat dit toe. Vanuit de aanname dat de gemiddelde mens in de gegeven situatie *zou* hebben voorzien, wordt afgeleid dat de verdachten (als gemiddeld mens) ‘dus’ ook *hebben* voorzien. Er is dan voorwaardelijk opzet op de gedraging en vol opzet op de samenwerking. De verdachten worden veroordeeld wegens het meermalen medeplegen van doodslag.⁹

Het aannemen van voorwaardelijk opzet is, zo zagen we, altijd een bewijsrechtelijk hoogstandje – maar heeft de rechter de realiteit hier niet ver achter zich gelaten? Wat frappeert is niet de bevinding, dat bij het opwachten van een slachtoffer, ’s avonds laat bij een snookerhal, getuigen mogen worden verwacht; het is de ijskoude vaststelling, dat een zo grote kans bestaat dat mededaders deze getuigen het zwijgen opleggen, dat de gemiddelde burger zich daarvan bewust zal zijn geweest (en de verdachte dus ook). In werkelijkheid behoeven getuigen slechts zelden te sterven; alleen in B-films en goedkope detectives is dat anders.¹⁰ Bovendien is het onaannemelijk dat de gemiddelde dader zo ver vooruit denkt.¹¹ Het voorwaardelijke opzet is hier ongeloofwaardig; het is gebouwd op een grondslag, zo zwak, dat men geneigd is te concluderen dat het niet is aangetoond, maar geconstrueerd, op een wijze waartegen geen *presumptio innocentiae* opgewassen is. Anders dan bij normatief opzet is hier niet de redenering zelf discutabel, maar de voorafgaande aanname. Uit de enkele *voorzienbaarheid* dat een persoon F aanwezig is, wordt afgeleid dat ook *werd* voorzien.

⁹ Maar ook medeplegen van één moord (E) en één doodslag (F) is verdedigbaar.

¹⁰ En, helaas, ook in de bossen bij Tilburg.

¹¹ Maar in de leer van het normatieve opzet wordt hen voorgehouden, dat zij zo ver vooruit hadden *moeten* denken.

Men kan zich opnieuw afvragen of op dit drijfzand geconstrueerd opzet nog wel iets met willen en weten van doen heeft. Het is gewoon toerekening; erken dat liever volmondig, dan het te verhullen, zo stelde ik elders.¹² Maar is dat niet precies het argument, dat ook de voorstanders van normatief opzet hanteerden? Het is mischien geruststellend, maar voor de rechtvaardiging van een handelwijze onvoldoende, dat zij in de praktijk voorkomt. Toerekening – wat bedoelt U? Mag dat zomaar, en volgens welke maatstaf dan? Daar moeten we het eens over hebben.

Toerekening

De wet gebruikt de term ‘toerekening’ alleen bij de strafuitsluitingsgrond van art. 39 Sr. Uit dat voorschrift kan worden afgeleid dat strafbare feiten de dader moeten worden toegerekend, indien geen causaal verband bestaat met een bij hem aanwezige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens (zie ook art. 37 lid 1 en 37a lid 2 Sr). Dat criterium is niet altijd even gemakkelijk te hanteren, maar een criterium is het.

Van toerekening kan ook worden gesproken (al doet men dat gewoonlijk niet met zoveel woorden) bij de door het gevolg gekwalificeerde delicten. Wie zich schuldig maakt aan bijvoorbeeld mishandeling, ‘staat’ ook voor de dood van het slachtoffer, al heeft hij die volstrekt niet gewild; die dood wordt hem toegerekend, mits een causaal verband met zijn gedrag aanwezig is. Ten aanzien van die dood wordt opzet noch schuld gevergd; het gaat om een vorm van risico-aansprakelijkheid.

Ook bij de causaliteit zelf duikt de term ‘toerekening’ op, nu als vinding van de Hoge Raad. Na een strijd van tweehonderd jaar over de criteria, aan de hand waarvan juridische causaliteit kan worden vastgesteld, heeft de Raad gekozen voor ‘redelijke toerekening’. Dat heeft weinig verhelderd. ‘Redelijkheid en billijkheid’ is een stoplap, die in het civiele recht veelvuldig wordt gehanteerd. Eigenlijk komt zij neer op een ‘de rechter mag het zeggen.’ In het strafrecht zijn altijd hogere eisen gesteld. ‘Boos opzet’ is niet nodig; men hoeft niet te hebben geweten iets strafbaars te doen. Maar men moet het wel hebben *kunnen* weten. Het moet dan ook (min of meer) voorspelbaar zijn of de rechter het gedrag van de dader ongeoorloofd zal achten. De burger heeft recht op heldere criteria, waarnaar hij zich kan richten. Anders gezegd: waar in civielrechtelijke relaties redelijkheid en billijkheid (mogen) worden verlangd, heeft de burger in zijn relatie met de overheid recht op zekerheid. Hij hoeft helemaal niet redelijk te zijn, als hij zich maar aan de wet houdt. Het strafrechtelijke systeem is zo ingrijpend, dat men het niet in wil zetten, enkel om behoorlijk gedrag af te dwingen. Dat zou onbehoorlijk zijn! Het stuk onredelijkheid

¹² J.M. Reijntjes, *Een afrekening. Over het toerekenen van gedrag aan daders en mededaders*, Deventer: Kluwer 2005.

en onbillijkheid tegenover medeburgers, dat zo overblijft, moet langs civiele weg worden opgelost, en dat kan meestal ook.

Causaliteit is op zichzelf geen juridisch begrip. Causaliteit wordt bepaald door fysieke omstandigheden, causaliteit behoort tot de natuur, doch causaliteit heeft niet alleen met natuurwetten te maken. Wanneer iemand een ander een pantoffel tegen het hoofd werpt, kan deze ernstig letsel oplopen, maar wetmatig is dat allerm minst. Juridische causaliteit dekt alle oorzakelijke verbanden waarvoor de mens rechtens verantwoordelijk kan worden gehouden. Het is goed denkbaar dat dit in het strafrecht anders uitpakt dan in het privaatrecht.

Is juridische causaliteit denkbaar zonder de aanwezigheid van 'natuurlijke' causaliteit? Men zal geneigd zijn om deze vraag met een krachtig 'neen' te beantwoorden. Maar kennen we dan de 'natuurlijke' causaliteit? We weten dat bepaalde gebeurtenissen op elkaar volgen, maar of zij elkaars oorzaak zijn valt vaak heel moeilijk te bepalen. A steekt B met een mes in zijn buik; in het ziekenhuis vindt men een operatie noodzakelijk. Daarbij raakt B door een bacterie besmet, en hij sterft. Wat is de oorzaak van zijn dood? De steek? De (wellicht onjuiste) beslissing om te opereren? Of de (vermijdbare) infectie? Wie het weet mag het zeggen.

De oude *conditio sine qua non*-leer biedt hiervoor geen oplossing; zij elimineert slechts een aantal omstandigheden als niet-oorzakelijk, en dat helpt doorgaans weinig. Ook wie spreekt over 'adequate veroorzaking' is gehouden om aan te tonen, dat in elk geval van een oorzaak sprake is. Maar dat weten we juist niet! Daarom is het geen gekke gedachte om de term 'veroorzaking' naar de achtergrond te schuiven. We laten haar niet vallen (het blijft gaan om causaliteit), maar stellen vast dat de causaliteit mag (zelfs: moet) worden aangenomen, wanneer een bepaald gevolg redelijkerwijs kan worden *toegerekend* aan een bepaalde gedraging. Bewijs van causaliteit is niet nodig. Zo kwam de Hoge Raad, naar we mogen aannemen, tot zijn 'leer van de redelijke toerekening'. In deze benadering wordt de juridische causaliteit geenszins opgerekt tot gevallen waarin de 'natuurlijke' causaliteit ontbreekt; die natuurlijke causaliteit hoeft echter niet te worden aangetoond.¹³ Daar is niets verkeers aan; wat ontbreekt is echter duidelijkheid, op grond *waarvan* kan worden toegerekend.

Wat voorshands wordt gemist zijn de criteria voor wat hier redelijk is. De belangrijkste maatstaf, zoveel is wel duidelijk, blijft de (objectieve) voorzienbaarheid, zoals dat ook het geval was toen nog werd gesproken van 'adequate veroorzaking'. In feite is dan ook geen sprake van een 'nieuwe leer' – de Raad heeft alleen een andere terminologie gekozen om (steeds weer) hetzelfde te zeggen. Zonder voorzienbaarheid is er in beginsel geen toerekenbaarheid. Of de dader werkelijk voorzag,

¹³ Hiermee zijn ook de casus van HR 13 juni 2006, NJ 2007, 48 m.nt. Y. Buruma, en HR 28 november 2006, NJ 2007, 49 opgelost. Daarin sprak de feitenrechter ten onrechte vrij wegens twijfel aan de causaliteit. Hier geldt geen *in dubio pro reo*!

speelt nog geen rol; die psychische toestand wordt pas van belang bij het bepalen van zijn opzet, meer in het bijzonder de component 'weten'. Criteria als 'de gemiddelde mens' behoeven hier niet van stal te worden gehaald. Zelfs de vraag of deze dader in het bijzonder kon voorzien (de subjectieve voorzienbaarheid) speelt nog geen rol.

Maar wat is dan 'voorzienbaar'? Waren de eierschedel, de operatie en de infectie voorzienbaar? Achteraf is het vaak makkelijk praten; maar dat is precies, wat we in de rechtszaal doen. Moeten we dan onze toevlucht nemen tot kansrekening en (zoals in de HIV-zaken) deskundigen ontbieden om hierover beschouwingen te geven? En *wat* moet precies voorzienbaar zijn: de exacte toedracht van het geval? Of: de (fatale, in elk geval nare) afloop in zijn algemeenheid? Ik meen dat het laatste voldoende is. Wordt iemand zodanig gewond dat een operatie moet volgen, dan is – op zijn minst: de mogelijkheid – van complicaties te voorzien. Wie wil, kan *hier* een normatief element toevoegen: wie geweld gebruikt tegen een ander, of een ongeval veroorzaakt, behoort te voorzien dat zijn (soms nog onbekende) slachtoffer van een zodanig gestel is, dat de gevolgen van bovengemiddelde ernst zijn (eierschedel, bejaarde inzittende van de aangereden auto). Het resultaat blijft hetzelfde, maar wordt er misschien wel overtuigender van. Dat normatieve aspect is hier aanvaardbaar, omdat het geen dragend element is; het rechtvaardigt de toerekening, die echter op kale *voorzienbaarheid* wordt gebaseerd.

Bij de door het gevolg gekwalificeerde delicten blijkt het te gaan om een dubbele toerekening: het gevolg, zo zeiden we, wordt de dader toegerekend indien causaal verband met diens gedrag valt aan te tonen. Daarvoor is weer nodig dat het gevolg aan dat gedrag kan worden toegerekend. Er zijn dus twee tranches: toerekening aan het gedrag, en vervolgens toerekening aan de dader. Voor de eerste tranche is de objectieve voorzienbaarheid maatgevend, in de tweede daarentegen lijkt het te moeten gaan om de subjectieve voorzienbaarheid. De laatste toerekeningsvraag lost zich dan ook op in die van art. 39 Sr; toerekening blijft achterwege indien een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens aanwezig is, die de vaardigheid om te voorzien in betekenende mate heeft aangetast.

Medeplegen

Terug naar de medeplegers. Vier mannen gingen er op uit om een vijfde te pakken te nemen. Een van de vier (onze verdachte) deed zelf nauwelijks iets: hij stond er bij en keek er naar. Hij droeg slechts bij aan de overmacht van het getal, en stond (misschien) ook klaar om het slachtoffer een eventuele vlucht te beletten. We stelden vast: er is causaliteit, en er is opzet, al is zij mager. Maar er valt een tweede slachtoffer. Fysiek gedroeg de verdachte zich ten opzichte van hem niet anders dan tegenover het eerste. Een causaal verband moet dan ook te beredeneren zijn, en inderdaad: met de Hoge Raad stellen we vast dat de afloop voorzienbaar was; de dood van F is het gevolg van het gezamenlijk gedrag van A, B, C en D. De Raad gaat

een stap verder, en acht het ook mogelijk om aan te nemen dat op de dood van F een aanmerkelijke kans bestond. Maar waren B, C en D zich daar werkelijk van bewust? De beslissing van de Hoge Raad stond bepaald niet op zichzelf.¹⁴ Er zijn andere voorbeelden te geven, die dichter bij de dagelijkse praktijk staan. Neem A en B, die hebben afgesproken bij C in te breken. A weet dat B een mes draagt. Gezamenlijk klimmen zij de woning van C binnen, A doorzoekt de benedenverdieping, B gaat naar boven, wordt daar door C verrast en steekt hem neer. Is A medepleger van gekwalificeerde doodslag (art. 288 Sr)? A kon voorzien wat er zou gebeuren; maar voorzag hij werkelijk? Hij wist dat B een mes had; maar stond hij er ook bij stil dat het zou kunnen worden gebruikt? Ook hier past weer de vraag of voorwaardelijk opzet 'levensecht' is. Gaat opzet ooit verder dan het gronddelict?¹⁵

Wanneer we het kwade gevolg (de dood van C) eenvoudig toerekenen aan B en A, en daarbij hetzelfde criterium hanteren als bij de causaliteit, te weten objectieve voorzienbaarheid, bereiken we langs een kortere weg hetzelfde resultaat als bij gebruik van voorwaardelijk opzet. De vraag die moet worden beantwoord, is of het met het strafrechtelijke systeem verenigbaar is om hier met enkele voorzienbaarheid genoeg te nemen. Waarom zou hier mogen, wat bij het gronddelict werd afgewezen?

Een belangrijk element in de discussie moet zijn dat de wetgever ook bij de door het gevolg gekwalificeerde delicten genoeg nam met psychisch opzet ten aanzien van het gronddelict. Het lijkt verder aannemelijk dat de wetgever er van uitging dat hij door de strafbaarstelling van moord en doodslag enerzijds, en mishandeling met de dood als gevolg anderzijds, het gehele terrein van de aan opzet gerelateerde levensberoving had afgedekt. De wetgever lijkt alle daders aansprakelijk te hebben willen houden die konden voorzien dat hun gedrag iemands dood ten gevolge zou hebben, indien die dood ook werkelijk volgde. Dat komt enerzijds tot uiting in art. 287/289 Sr (kortweg: moord en doodslag), anderzijds in art. 300 lid 3, 301 lid 3, 302 lid 2 en 303 lid 2 Sr: indien een mishandeling de dood ten gevolge heeft, klimt het strafmaximum omhoog. Onze eigenlijke moeilijkheid lijkt dan ook vooral te zitten in de letter van de wet, in de onmacht iedere bedoelde situatie in woorden te vangen. De wetgever wist onze casus niet te benoemen. Hier is de dood van C weliswaar te vangen als 'geobjectiveerd gevolg' van een mishandeling door B, maar dat lost het probleem niet op, omdat de opzet van A met betrekking tot die mishandeling dezelfde vraag oproept als met betrekking tot de dood van het slachtoffer. Inbreken wilde A, verder niets.

Alleen via het leerstuk van het medeplegen kan hier een oplossing worden gevonden. Slechts indien mededaderschap ook de voorzienbare, maar niet aantoonbaar

¹⁴ Van Veen zou hebben gezegd dat het geen witte raaf was.

¹⁵ We kunnen ons dan ook precies dezelfde vraag stellen wanneer A en B bijeen blijven, en gezamenlijk door C worden verrast.

voorzien gevolgen insluit, zijn deze daders te vangen – zo lang men zich niet wil bezondigen aan constructies.

Medeplegen, zo luidt de algemeen aanvaarde leer, vergt een dubbel opzet. Enerzijds moet er een 'bewuste, nauwe en volledige samenwerking' zijn geweest (zonder dat een expliciete afspraak wordt geleverd); in de praktijk leidt men de bewuste, nauwe en volledige samenwerking af uit een gezamenlijk optreden. Anderzijds dient het opzet van alle mededaders gericht te zijn op het gewraakte gevolg. Juist deze beperkte opvatting van mededaderschap doet een gat vallen tussen wat de wetgever beoogde (strafbaarheid van rechtstreeks uit opzettelijk gedrag voortvloeiende levensberoving), en wat hij bereikte. Dat gat kan beter worden gedicht door het strafbare feit gedeeltelijk te objectiveren, en – naast bewuste samenwerking – genoeg te nemen met een causaal verband tussen het optreden van de daders en de dood van het slachtoffer, dan door voorwaardelijk opzet te construeren. Kenmerk van medeplegen is dat geen van de daders alle delictsbestanddelen behoeft te hebben vervuld. Wel moet bij hen allen opzet bestaan op het realiseren van het gezamenlijke doel – maar waarom zou, indien deze voorwaarde vervuld is, de aansprakelijkheid niet mede de andere voorzienbare gevolgen omvatten? Wie precies de dodelijke wonden toebrengt, is dan alleen voor de strafmaat van belang. Ook wanneer omtrent die vraag geen zekerheid valt te verwerven (wat in de praktijk dikwijls voorkomt), blijft de strafbaarheid.

In feite komen we tot een samentrekking: medeplegen van het in art. 288 omschreven delict wordt tot een gekwalificeerde vorm, niet alleen van het in art. 287, maar ook van het in art. 301 lid 3 strafbaar gestelde. Daarmee is een sluitend systeem ontstaan.

Toch zijn er grenzen

Benadrukt moet worden dat de wijze, waarop hier de strafbaarheid van medeplegers wordt beredeneerd, in de praktijk niet¹⁶ leidt tot verruiming van het strafrechtelijke net. Zij beoogt slechts de praktijk te verzoenen met de leer; die praktijk heeft gewoon een betere juridische grondslag nodig. Dit leidt *niet* tot een blind 'samen uit, samen thuis'; niemand mag worden gestraft voor het gedrag van companen, dat hij niet kon voorzien. Wanneer we terugkijken, zien we dat op twee verschillende momenten in de discussie beroep werd gedaan op een bestaande praktijk. Bij het normatieve opzet wezen we dat af, omdat het leidde tot een resultaat dat niet past in het algemeen aanvaarde systeem van de wet; bij het mededaderschap konden we dat argument juist aanvaarden, omdat het in de systematiek inpasbaar is.

Er zijn door de wetgever andere middelen beproefd om moeilijkheden als deze op te lossen. De behandelde afrekening had ook als openlijk geweld ten laste kun-

¹⁶ Of nauwelijks; het standpunt dat men hieromtrent inneemt, is afhankelijk van de manier waarop men aankijkt tegen de huidige praktijk bij het aannemen van voorwaardelijk opzet.

nen worden gelegd (art. 141 Sr); het strafmaximum was dan drie jaar lager geweest dan bij art. 287, maar toch nog heel aanzienlijk: twaalf in plaats van vijftien jaar. Dat roept dan weer de vraag op of het wel nodig is om het medeplegen op te rekken. Maar hoe zit het dan wanneer het delict in een besloten ruimte is begaan? Mag dat verschil maken?

Eigenlijk is de vraag alleen, wat ‘passender’ is: het oprekken van het medeplegen of van het voorwaardelijk opzet. Het probleem blijft beheersbaar en het oprekken wordt aanvaardbaar doordat het steeds gaat om schuldige daders. Over het gronddelict (of, zoals bij de beschreven afrekening, het aanvangsdelict) bestaat immers geen twijfel; ter discussie staat slechts, *waaraan* de daders precies schuldig zijn. Daarom ook is het oprekken van het medeplegen te verkiezen boven het oprekken van het opzet – dat laatste verruimt immers wel het bereik van het gronddelict.

Een probleem van een heel andere dimensie doemt op wanneer vanuit een groep delicten zijn begaan zonder dat vaststaat wie zich daaraan schuldig hebben gemaakt. Vijftien mannen zitten in vergadering bijeen, twee worden gedood – geen der aanwezigen wil zeggen wie de daders zijn. ‘Staan’ alle dertien overlevenden voor de dood van de twee slachtoffers? Wie bevestigend antwoordt breidt het bereik van de wet ver uit; hij veroordeelt alle mogelijke daders, omdat hij niet kan vaststellen wie de werkelijke daders zijn. Dat is onaanvaardbaar. Hier is zelfs geen gezamenlijk plan tot een gronddelict vast komen te staan, en wie zegt dat niemand zich distantieerde? Het zou nog verder gaan dan het straffen voor iets, wat men (mogelijk) niet wist, maar wel had behoren te weten. Ook strafrecht heeft natuurlijke grenzen, die niet straffeloos kunnen worden overschreden. Wie hier wil straffen, moet – als bij normatief opzet – zoeken naar delictsomschrijvingen die het gewraakte gedrag nauwkeuriger dekken. Kan van een onschuldige burger worden verwacht dat hij zijn schuldige medeburger aanwijst? Zijn zwijgen is ongetwijfeld laakbaar, hij voldoet niet aan zijn burgerplicht, hij helpt de schuldige ontkomen. Maakt hem dat zelf schuldig aan het hoofddelict? Wat hij doet is een vorm van begunstiging – maar in een gestalte (medeplichtigheid *after the fact*) die het wetboek uitdrukkelijk straffeloos laat. Dan vergt uitbreiding van de strafbaarheid – alweer – een ingreep van de wetgever. Het verkeersrecht kent (voorzichtige) precedënten (weigering bloedproef, bekeuring op kenteken); maar het commune strafrecht is andere koek.

